

University of Groningen

**Het gemene recht in de praktijk van de common law, of hoe Vinnius Pothier alsnog verslaat.
De zaak Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council and other appeals**

Brandsma, F.

Published in:
Groninger Opmerkingen en Mededelingen

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
1999

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Brandsma, F. (1999). Het gemene recht in de praktijk van de common law, of hoe Vinnius Pothier alsnog verslaat. De zaak Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council and other appeals. *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, XVI, 43-57. <http://rjh.ub.rug.nl/grom>

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Het gemene recht in de praktijk van de common law of hoe Vinnius Pothier als nog verslaat

De zaak *Kleinwort Benson Ltd. v. Lincoln City Council and other appeals*¹

1.

Op 29 oktober 1998 werd, niet voor de eerste keer, het nut van het gemene recht aangetoond door de House of Lords in wat ik de Kleinwort Benson-zaak zal noemen. Die zaak besliste een kwestie uit het leerstuk van de onverschuldigde betaling. De vraag was of iemand die een som gelds aan een ander had betaald in de verkeerde veronderstelling dat hij rechtens daartoe gehouden was een vordering uit onverschuldigde betaling tegen de ontvanger kon instellen, *for money had and received*, zoals de uitdrukking naar common law luidt. Anders gezegd, de vraag was of de *condictio indebiti* mogelijk is in geval de betaling het gevolg was van rechtsdwaling. Tot dan toe onthield de common law een dergelijke vordering aan de ongelukkige die in rechtsdwaling geld betaalde dat hij niet verschuldigd was aan de ontvanger. Het precedent dat de betaler die vordering onthield was *Bilbie v. Lumley*, gewezen in 1802 door de *Court of King's Bench* onder Lord Chief Justice Ellenborough.² De House of Lords had nooit de gelegenheid gehad deze kwestie te beslissen tot de Kleinwort Benson zaak zich aandienende. De House besliste, bij monde van Lord Goff of Chieveley, dat de zogeheten rechtsdwalingsregel 'under which in general money is not recoverable in restitution on the ground that it has been paid under a mistake of law, should no longer be maintained as part of English law.'

Van 1802 tot 29 oktober van het jaar 1998 hadden rechters tegen eisers die hun geld terug wilden ontvangen op grond van hun rechtsdwaling over de verbintenis tot betaling gezegd dat onkunde van het recht geen verontschuldiging oplevert, in het Engels of in het Latijn: *ignorantia juris non excusat*. >Every man must be taken to be cognisant of the law; otherwise there is no saying to what extent the excuse of ignorance might not be carried,= zoals Lord Ellenborough het stelde.

¹ [1998] 4 All E.R. 513. Vgl. over deze zaak bijv. R. Zimmermann, 'Rechtsirrtum und richterliche Rechtsfortbildung', in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 1999, p. 713-731; dezelfde, samen met S. Meier, 'Judicial Development of the Law, *Error Iuris*, and the Law of Unjustified Enrichment – A View from Germany', in: *The Law Quarterly Review* 115 (1999), p. 556-565; S. Meier, *Irrtum und Zweckverfehlung*, Tübingen 1999, p. 406 e.v.; en in het algemeen over de kwestie R. Zimmermann en P. Hellwege, '≡Error iuris non excusat≡ und das Alaw of restitution≡, Zur Karriere einer gemeinrechtlichen Maxime in der Welt des common law', in: *FS Großfeld*, Heidelberg 1999, p. 1367-1401.

² [1775-1802] All E.R. Rep. 425.

Deze zaak geeft mij een aanleiding om een paar opmerkingen te maken dan wel mededelingen te doen over het nut van het *Ius Commune* voor het begrijpen, het ontleden en misschien zelfs oplossen van dit soort kwesties. Want, zoals zal blijken, deze kwestie, die hevig omstreden was zolang de beslissing in *Bilbie v. Lumley* stond, was reeds één van de strijdvrage van het *Ius Commune*, of het gemene recht van Europa, in het tijdperk voor de nationale codificaties. De argumenten voor en tegen deze rechtsdwalingsregel in het bijzonder waren onderwerp van debat sinds de herontdekking van Justinianus= wetgeving in het Italië van de elfde eeuw. De kwestie is dus, zoals de meeste rechtsvragen, er niet één die alleen van belang is voor *common lawyers* of *civil lawyers*, maar één waarmee elk rechtssysteem zo nu en dan te maken krijgt. Het is een kwestie die de nationale rechtssystemen met hun kunstmatige grenzen niet kunnen opsluiten in hun eigen gebieden. Het nut van rechtsgeschiedenis gecombineerd met rechtsvergelijking – en dat is waar het gemene recht eigenlijk over gaat – is eens te meer onderstreept door deze beslissing van de House of Lords.

2.

Ergens aan het begin van de negentiende eeuw werd er een voorstel gedaan het curriculum van de Oostenrijkse universiteiten te veranderen en de studie van het Romeinse recht af te schaffen. Het voorstel werd gedaan door Franz von Zeiller, de geestelijke vader van het nieuwe Oostenrijkse Burgerlijk Wetboek, het zogeheten *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch für die gesamten deutschen Erbländer der Oesterreichischen Monarchie*, dat kracht van wet kreeg in het jaar 1811. Het nieuwe wetboek diende de basis te zijn van de studie van het privaatrecht in de toekomst, zei hij. Zijn voorstel werd echter krachtig afgewezen vanwege een advies van de Oostenrijkse kanselarij. De Kanselier, Graaf von Ugarte, schreef het advies en zei:

‘Das römische Civilrecht ist seit so vielen Jahrhunderten das allgemeine Recht aller civilisierten europäischen Nationen, und das einzige Band, wodurch dieselben gemeinschaftliche Begriffe in Hinsicht nicht nur auf das Privat- sondern auch auf das Völker- und Staatsrecht unterhielten. Nur durch dieses in dem mittleren Zeitalter, nachdem Europa unter so viel rohen und unwissenden Völkern getheilt worden war, nach und nach fast in allen Provinzen dieses Welttheils zur Hülfe genommene Recht kam die Rechtswissenschaft zu jener Stufe der Ausbildung, und Vollkommenheit, welcher die allgemeine und einzelne Wohlfahrt der Europäer,... und eine in den Grundsätzen der natürlichen Billigkeit geschöpfte Rechtspflege,... das Meiste, wo nicht alles zu verdanken hat.

... endlich ist es die reichhaltigste Sammlung der auf einzelne Fälle angewandten allgemeinen Grundsätze der Jurisprudenz, wo man sich bei den verwickeltesten Rechtsfragen

HET GEMENE RECHT IN DE PRAKTIJK VAN DE COMMON LAW

Raths holen kann, wozu gewiß die Kenntnis desjenigen, was bei ähnlichen Fällen entschieden worden ist, immer der sicherste Leitfaden seyn wird.’³

Deze strijd voor het voortbestaan van de studie van het Romeinse recht vond plaats toen dat recht, als het *Ius Commune*, het subsidiaire gemene recht van de meeste Europese landen, vervangen werd door nationale wetboeken zoals het Oostenrijkse Burgerlijk Wetboek. De toestand van de rechtsbronnen in die dagen, voor de verschijning van de nationale wetboeken, zou goed kunnen worden vergeleken met de bronnen van het Engelse recht zoals ze nu nog steeds zijn. De primaire bron van het Engelse recht is het wettenrecht. *Statutes* afkomstig van *Parliament* bestrijken een ruime verscheidenheid aan onderwerpen op bijvoorbeeld het gebied van het privaatrecht, maar er is geen algemeen wetboek dat het hele gebied van het privaatrecht bestrijkt. Waar een bepaald onderwerp niet bij wet is geregeld, beheersen de common law en zijn precedents de te beslissen kwestie.⁴

Hetzelfde kan worden opgemerkt over de primaire rechtsbronnen uit het pre-codificatie tijdperk op het continent van Europa. Zij bestreken een paar gebieden van privaatrecht, vooral personen-, familie- en erfrecht. Dat wil zeggen niet alleen de wetten die destijds in elk van de verschillende landen werden gemaakt, maar ook het gewoonterecht. Het belangrijkste deel van het privaatrecht echter, zakenrecht (met name betreffende roerende zaken) en vooral ook verbintenissenrecht, was voor het grootste deel *terra incognita* wat betreft deze primaire rechtsbronnen. Dat betekende dat kwesties betreffende deze gebieden moesten worden beslecht volgens het subsidiaire recht, het gemene recht van Europa, beter bekend als het *Ius Commune*. Dat *Ius Commune* was vooral gebaseerd op het Romeinse recht van Justinianus zoals het in de rechtspraktijk was gerecipieerd door de wetenschappelijke bestudering van het recht die sinds de middeleeuwen langzamerhand greep kreeg op alle Europese juristen die hun graden dienden te behalen aan de universiteiten waar dit recht werd onderwezen. Het gevolg van dit alles was dat deze gebieden van het privaatrecht in meer of mindere mate werden geromaniseerd in al die landen waar het Romeinse recht het belangrijkste onderdeel van hun gemene recht was.

Er kan vanzelfsprekend niet worden gezegd dat er één Europees gemeen recht of *Ius Commune* was. De mate waarin het Romeinse recht deel uitmaakte van het gemene recht van een bepaald land – ik zal mijzelf beperken tot de term Romeins recht, omdat het het belangrijkste bestanddeel van het *Ius Commune* was, hoewel het mij niet onbekend is dat er een paar andere bestanddelen waren zoals het canonieke recht en het leenrecht – werd in de eerste plaats bepaald door de hoeveelheid primair recht, wetten- en gewoonterecht, dat van kracht was in het betreffende land. In sommige staten, of delen van staten, want wetten- en gewoonterecht konden ook slechts plaatselijk van toepassing zijn, gold er meer

³ Gecit. naar Michael Rainer en Johanna Filip-Fröschl, *Texte zum Römischen Recht*, Wenen 1998, p. 4 e.v.

⁴ Vgl. bijv. Reinhard Zimmermann, ‘Statuta sunt stricte interpretanda? Statutes and the common law: a continental perspective,’ in: *Cambridge Law Journal* 56 (1997), p. 315 e.v.

primaire recht en daarom minder gemeen recht. Neem bijvoorbeeld het noorden van Frankrijk, de streken die werden aangeduid als de *pays de droit coutumier*, die ruwweg gesproken ten noorden van de rivier de Loire lagen. Gewoonterecht maakte een niet onaanzienlijk deel uit van het recht van die streken, zodat de mate waarin het Romeinse recht daar kon worden gebruikt veel geringer was dan in het zuiden van Frankrijk, waar we de streken aantreffen die de *pays de droit écrit* werden genoemd, de streken waar het Romeinse recht vanouds zelfs primaire rechtskracht had.

In andere staten daarentegen werden primaire rechtsbronnen in veel geringere mate gebruikt en dus diende de subsidiaire bron van het *Ius Commune* in een veel ruimere mate te worden gebruikt. Om één voorbeeld te noemen van een vroegere staat niet zo ver weg van Groningen: Friesland. Gedurende de Republiek van de Zeven Verenigde Nederlanden was Friesland, zoals bekend, één van deze zeven soevereine staten waaruit de Republiek bestond. Al deze zeven staten waren autonoom en hadden hun eigen wetten- en gewoonterecht. Hoewel er in de middeleeuwen nogal wat Friese wetten waren, bestaande uit Fries gewoonterecht, raakten de meesten daarvan in onbruik tijdens de receptie van het Romeinse recht in de vijftiende en zestiende eeuw en werd het Romeinse recht bijna volledig gerecipieerd als het recht van Friesland en aldus in een veel ruimere mate dan bijvoorbeeld in Holland.⁵

Het Romeinse recht was dus het gemene recht van Europa, maar niet overal in dezelfde mate. De zoektocht naar een *Ius Commune* Europaeum betreft niet het vinden van het gemene recht van Europa. Een andere bijzonderheid van de receptie van het Romeinse recht in Europa dient ook in aanmerking te worden genomen. De interpretatie van de romeinsrechtelijke teksten uit Justinianus= wetboeken leidde niet overal en altijd tot dezelfde uitkomsten. Reeds onder de glossatoren, de middeleeuwse *doctores* die begonnen met de studie van het Romeinse recht aan de universiteiten die zodoende ontstonden, in de eerste plaats natuurlijk die van Bologna, verschilden de meningen over deze teksten. Er bestaat een verzameling van hun onderling afwijkende meningen, zeg maar hun *dissenting opinions*, die genoemd wordt *Dissensiones dominorum, sive Controversiae veterum iuris romani interpretum qui glossatores vocantur*, dat wil zeggen de Meningsverschillen tussen de heren, of de Controverses van de oude interpreten van het Romeinse recht die de glossatoren worden genoemd.⁶ De *Glossa Ordinaria* is vanzelfsprekend ook een enorme bron van uiteenlopende meningen over dezelfde teksten. Deze traditie werd overgenomen door de commentatoren. Zij ontwikkelden de notie van de *communis opinio doctorum*, de algemene opvatting van de geleerden, die door rechters werd gebruikt om rechtsvragen te beslissen overeenkomstig de heersende mening van deze geleerde juristen. In het veertiende-eeuwse Italië waren rechters zelfs verplicht deze *communis opinio* te volgen op

⁵ Vgl. bijv. J.H.A. Lokin, C.J.H. Jansen, F. Brandsma, *Het Rooms-Friese recht, De civiele rechtspraktijk van het Hof van Friesland in de 17e en 18e eeuw*, Hilversum/Leuwarden 1999.

⁶ Ed. d. G. Haenel, Leipzig 1834 (repr. Scientia, Aalen 1964).

HET GEMENE RECHT IN DE PRAKTIJK VAN DE COMMON LAW

straffe van het zelf moeten betalen van dat wat was gevorderd als zij dat niet deden, zelfs als hun eigen gepubliceerde mening – want de meeste van deze geleerden fungeerden ook als rechters – het tegendeel inhield.

De vijftiende en zestiende eeuw zagen een reactie tegen dit gezaghebbende gebruik van de *communis opinio* door de humanisten en hun *mos gallicus*. Zij begonnen opnieuw dezelfde teksten uit Justinianus= wetboeken te interpreteren, terwijl ze de massa aan meningen terzijde stelden die de wetboeken zelf steeds meer overwoekerden en die in de loop van de tijd meer en meer waren gaan bestaan uit interpretaties van interpretaties van andere interpretaties enzovoorts, enzovoorts, van de wetsteksten. Dit keer werd er een meer historische wijze van interpretatie van de oude Romeinse teksten gebruikt. Dit leidde tot veel meer kritiek op de inhoud van de Justiniaanse wetboeken en een veel minder aan gezag gebonden wijze van denken. Uiteindelijk plaveide deze methode van uitleg ook de weg voor een beroep op de rede in plaats van de meer blinde wijze van gebruik van de autoriteiten. De natuurrechtsschool en haar beroep op de rede om de voors en tegens van de romeinsrechtelijke teksten te beoordelen volgden in zekere zin deze reeds door de humanisten geplaveide weg.

Het gevolg van dit alles was echter dat nieuwe interpretaties van dezelfde teksten werden toegevoegd aan de reeds bestaande, indien althans deze interpretaties niet in werkelijkheid herhalingen waren van interpretaties die reeds in de voorgaande eeuwen waren voorgesteld. De *usus modernus pandectarum* en het Rooms-Hollandse recht hadden al deze verschillende mogelijkheden om de romeinsrechtelijke teksten te interpreteren tot hun beschikking en konden de voorkeur geven aan de ene of de andere naar mate van smaak en neiging. Hetzelfde zou kunnen worden gezegd van de Duitse Historische School uit de negentiende eeuw, die, onder leiding van Savigny, ook min of meer een nieuw begin maakte met het interpreteren van dezelfde eeuwenoude teksten, zonder noodzakelijkerwijze gloednieuwe conclusies te trekken.

Het is namelijk zo dat deze teksten, zoals teksten in het algemeen, slechts een beperkt aantal mogelijke interpretaties toelaten. Sommige interpretaties moeten dus zich wel om de zoveel tijd opnieuw aandienen. Aan de andere kant zijn er tenminste twee mogelijke kanten aan elke kwestie zoals alle juristen weten, zodat volledige eensgezindheid bij het gebruik van dezelfde teksten niet te bereiken valt. De ontwikkeling van het recht was, en is denk ik, er niet één van gestage vooruitgang naar een steeds beter recht, maar lijkt meer op de slinger van een klok. Eén mogelijke oplossing wordt uitgeprobeerd, maar blijkt enige nadelen te hebben. Dan wordt de andere mening gevolgd en het proces van *trial and error* wordt herhaald. Misschien is de andere manier in de tussentijd vergeten en wordt op haar beurt omhelsd als een nieuwe en veel betere oplossing, enzovoorts, enzovoorts.

Het *Ius Commune* is echter in deze zin een enorme voorraadschuur aan mogelijke oplossingen voor dezelfde steeds opdoemende kwesties. Tenminste de teksten waarover werd gedebatteerd waren voor het merendeel dezelfde in al die landen waarin het Romeinse recht werd gebruikt als subsidiair recht.

3.

Terug nu naar de vraag van de Kleinwort Benson zaak. Kan geld betaald in rechtsdwaling worden teruggevorderd? Deze controverse was

‘tussen de Rechtsgeleerden niet uitgemaakt, maar tot heden toe gebleven, en zal altoos wel blijven een grote twistappel onder dezelve, zo lang het *Jus Civile Romanum* eenige meerdere ofte mindere auctoriteit in de dagelyksche vierscharen blijft behouden,’

zoals de achttiende-eeuwse Gelderse jurist Joost Schomaker (1685-1767) het stelde in één van zijn Uitverkoren Rechtsadviezen en -meningen.⁷ Naar Romeins recht kon geld betaald door de één aan de ander terwijl het niet was verschuldigd worden teruggevorderd door de zogeheten *condictio indebiti*. Eén van de vereisten echter om deze rechtsvordering met succes te kunnen instellen was dat de betaler de betaling moest hebben verricht in dwaling. Want diegenen die hadden betaald terwijl ze wisten dat ze niets verschuldigd waren konden niets terugvorderen.⁸ Zij werden geacht een schenking te hebben verricht.⁹ Een vraag was echter welke soort dwaling voldoende was om met succes de rechtsvordering in te stellen. De Digestentitel die de *condictio indebiti* behandelt, D. 12,6, noemt dwaling in het algemeen en onderscheidt niet tussen feitelijke dwaling en rechtsdwaling. Hetzelfde geldt voor de overeenkomstige titel in de Codex Justinianus, C. 4,5.¹⁰ Het onderscheid tussen feitelijke dwaling en rechtsdwaling wordt in het algemeen gemaakt in een afzonderlijke Digestentitel, D. 22,6. Daar vinden we de regel dat rechtsdwaling schaaft, maar feitelijke dwaling niet.¹¹ Of dit betekent dat rechtsdwaling de terugvordering uitsluit van onverschuldigd betaald geld staat te bezien. Er is echter één tekst die dat uitdrukkelijk bepaalt. Het is een zogeheten rescript, een keizerlijke constitutie, die kan worden gevonden in de titel van de Codex Justinianus die handelt over het onderscheid tussen feitelijke dwaling en rechtsdwaling, C. 1,18. Het bepaalt:

Als iemand die in rechtsdwaling verkeert onverschuldigd geld heeft betaald, is terugvordering niet mogelijk. Want het is bekend dat aan jou slechts de terugvordering toekomt van het door feitelijke dwaling onverschuldigd betaalde.¹²

⁷ *Selecta Consilia et Responsa Juris*, 6, 163 (6 dln; Nijmegen, Amsterdam, Zutphen 1738-1782).

⁸ D. 12,6,1,1 (Ulpianus).

⁹ D. 50,17,53 (Paulus); vgl. D. 12,6,50 (Pomponius).

¹⁰ Vgl. C. 4,5,1 (Severus en Antoninus; a. 213).

¹¹ D. 22,6,9pr. (Paulus).

¹² C. 1,18,10 (Diocletianus en Maximianus, Aug.; Constantius en Maximianus, Caes.; a. 294): *Cum quis ius ignorans indebitam pecuniam persolverit, cessat repetitio. per ignorantiam enim facti tantum repetitionem indebiti soluti competere tibi notum est.*

Dat lijkt de zaak afdoende te beslissen. Hedendaagse commentatoren zijn het erover eens dat voorzover het het Justiniaanse recht betreft de *condictio indebiti* in geval van rechtsdwaling was uitgesloten.¹³

De glossatoren echter ontwikkelden een onderscheid dat het mogelijk maakte in veel gevallen van rechtsdwaling toch de *condictio indebiti* in te stellen. Zij legden de juist aangehaalde constitutie uit als betreffende schulden die alleen in geweten verschuldigd waren, maar niet afdwingbaar waren in rechte, *indebitum civiliter, sed naturaliter debitum*.¹⁴ In het geval van deze zogeheten natuurlijke verbintenissen was terugvordering niet mogelijk indien de betaler dwaalde omtrent de onafdwingbaarheid in rechte van zijn schuld. Alleen in dit geval verontschuldigde rechtsdwaling niet oftewel *iuris ignorantia non excusat*, omdat, zoals Odofredus zei, het recht zeker en bepaald is en iedereen geacht wordt het recht te kennen, terwijl feiten verschillend en onbepaald zijn en zelfs de meest verstandige lieden misleiden.¹⁵

Dat betekende dat betalingen van iets dat niet verschuldigd was in rechte, *civiliter*, noch in geweten, *naturaliter*, konden worden teruggevorderd zelfs als er sprake was van rechtsdwaling. De Glossa Ordinaria verklaarde het onderscheid met een verwijzing naar D. 22,6,7 en 8i.f., omdat rechtsdwaling niet schaadt bij het vermijden van schade.¹⁶ Deze teksten zijn beide van Papinianus, de jurist die de Romeinen zelf als de grootste beschouwden, dat wil zeggen de meest diepzinnige, van de Romeinse juristen. Of dat iets te maken heeft met zijn vaak moeilijke en duistere wijze van schrijven durf ik niet te zeggen. Papinianus zegt in het eerste fragment dat rechtsdwaling niet ten goede komt aan hen die iets willen verwerven, maar hen die het hunne vorderen niet schaadt.¹⁷ En in het tweede fragment zegt hij dat rechtsdwaling niemand schaadt in geval van schade die bestaat uit het verlies van iets dat het zijne is.¹⁸ Deze teksten leken in strijd te zijn met de eerder genoemde constitutie als die betekende dat rechtsdwaling in het algemeen iemand belette iets terug te vorderen wat van hem had moeten blijven.¹⁹ Nog afgezien hiervan wezen de glossatoren op teksten uit de Digestentitel over de *condictio indebiti* waarin rechtsdwaling een terugvordering mogelijk leek te maken.²⁰

Zogeheten modern onderzoek heeft deze controverse verklaard door te stellen dat in het klassieke Romeinse recht rechtsdwaling de *condictio indebiti* niet uitsloot, terwijl Justinianus het onderscheid tussen rechtsdwaling en feitelijke dwaling zou hebben

¹³ Vgl. bijv. M. Kaser, *Das römische Privatrecht* II, München 1975, § 270¹³.

¹⁴ Gl. Nunc videndum ad D. 12,6,1pr.

¹⁵ ... *cum iura sint certa et finita et omnes homines debent scire iura, ... quia facta sunt varia et infinita et plerosque prudentissimos fallunt...*; *Lectura super Codice* ad C. 1,18,10; vgl. D.P. Visser, *Die rol van dwaling by die condictio indebiti*, prf. Leiden 1985, p. 98.

¹⁶ *nam non nocet iuris ignorantia in damno vitando*; gl. Nunc videndum.

¹⁷ *Iuris ignorantia non prodest adquirere volentibus, suum vero petentibus non nocet.*

¹⁸ ... *ceterum omnibus iuris error in damnis amittendae rei suae non nocet.*

¹⁹ Vgl. in het algemeen R. Zimmermann, *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Kaapstad enz. 1990, p. 868 e.v.

²⁰ D. 12,6,59 (Papinianus).

geïntroduceerd in het recht van de onverschuldigde betaling.²¹ Dit brengt vanzelfsprekend vermoedens van interpolaties in de ene of de andere van de betreffende teksten met zich mee. De boven aangehaalde constitutie, bijvoorbeeld, werd uit de weg verklaard door te veronderstellen dat de oorspronkelijke tekst slechts bepaalde dat dwaling vereist was om de *condictio indebiti* te kunnen instellen. Justinianus en zijn compilatoren zouden het onderscheid tussen rechtsdwaling en feitelijke dwaling hebben toegevoegd en de toepassing van de condictie tot het laatste geval hebben beperkt. Indien juist, zou dat hebben betekend dat de keizers Diocletianus en Maximianus zichzelf zouden hebben beziggehouden met het intrappen van open deuren: dat dwaling vereist was om deze condictie in te stellen. Ik wil niet op deze zaak ingaan – het einde van het tijdperk van de interpolatie-kritiek, zoals het wordt genoemd, is inmiddels uitgeroepen, en dat spijt mij geenszins –²², net zo min als de glossatoren dat vanzelfsprekend deden. Zij dienden de bronnen met elkaar in overeenstemming te brengen door interpretatie, want zijn wetboeken bevatten geen tegenstrijdigheden, zoals Justinianus zelf had afgekondigd, als men maar met een subtiële geest de redenen van het onderscheid zou onderzoeken.²³ Zij deden dat, zoals ik al zei, door de *condictio indebiti* uit te sluiten vanwege rechtsdwaling alleen in het geval een natuurlijke verbintenis was nagekomen.

De zogeheten *ultramontani* echter bereidden de weg voor een tegengestelde mening. Met deze mensen van de andere kant van de bergen zijn bedoeld de Franse glossatoren van de universiteiten van, bijvoorbeeld, Montpellier, Toulouse en Orléans, die aan de andere kant van de Alpen leefden in de ogen van iemand die in Italië leefde en schreef. In het geval er geen enkele verbintenis om te betalen was maakten zij een onderscheid tussen rechtsdwaling en feitelijke dwaling. Een betaling tengevolge van feitelijke dwaling kon altijd worden teruggevorderd, terwijl een betaling tengevolge van rechtsdwaling slechts kon worden teruggevorderd als de rechtsvordering werd ingesteld om verlies te vermijden en niet om winst te maken. Zij maakten klaarblijkelijk dus een onderscheid tussen gevallen waarin de condictie werd gebruikt om verlies te vermijden en gevallen waarin de condictie werd gebruikt om winst te maken. In geval van natuurlijke verbintenissen stonden zij in geen enkel geval terugvordering toe, zelfs niet in het geval van feitelijke dwaling. Eén van hun argumenten was dat de condictie gegrond was op de *naturalis aequitas*, de natuurlijke billijkheid, en dat dit verhinderde dat de betaling van een natuurlijke verbintenis kon worden teruggevorderd.²⁴

²¹ Vgl. bijv. Visser, *Die rol van dwaling bij die condictio indebiti*, p. 31 e.v., met verdere verwijzingen.

²² Vgl. J.H.A. Lokin, 'The end of an epoch, epigomena to a century of interpolation criticism', in: *Collatio iuris romani, études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, Amsterdam 1995, p. 261-273.

²³ Const. Tanta § 15: *Contrarium autem aliquid in hoc codice [sc. de Digesten] positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis subtili animo diversitatis rationes excutiet...*

²⁴ Vgl. Visser, *Die rol van dwaling bij die condictio indebiti*, p. 110 e.v.

4.

De controverse bleef er in zekere zin één tussen de rechtsscholen van Italië en Frankrijk. Want de Franse humanisten omhelsden en ontwikkelden het standpunt van de *ultramontani*, terwijl de commentatoren in dit opzicht vooral Accursius en zijn Glossa Ordinaria volgden. Ik wil slechts de twee belangrijkste vertegenwoordigers van deze scholen noemen, namelijk Bartolus en Cujas.

De grote commentator Bartolus de Saxoferrato (1313-1357) slaagde erin een enorm aantal boeken te schrijven ondanks het feit dat hij stierf op de jonge leeftijd van vierenveertig op 13 juli 1357. Zijn invloed was buitengewoon groot. Zijn commentaren kunnen worden beschouwd als de Bijbel van het Europese *Ius Commune* in de op hem volgende eeuwen. Zijn wijze was de Italiaanse wijze, de *mos italicus*, bij uitstek. De commentatoren stonden zelfs bekend als de Bartolisten en een gezegde luidde dat niemand jurist kon worden genoemd als hij niet een Bartolist was: *nemo jurista nisi bartolista*. Een Spaanse wet van 1499 bepaalde zelfs dat zijn meningen, en die van zijn tijdgenoot Baldus de Ubaldis (1327-1400), dienden te worden gevolgd wanneer het Spaanse recht zweeg. Bartolus stelde zich, net als Baldus trouwens, op het standpunt van de Glossa, hetgeen betekende dat dat standpunt invloedrijk bleef in de komende eeuwen.

De grote Franse humanist Jacques Cujas (1522-1590), of Jacobus Cujacius zoals zijn verlatiniseerde naam luidde, is de belangrijkste vertegenwoordiger van wat werd genoemd de *mos gallicus*, de Franse wijze van interpreteren van de Romeinse wetboeken. Dat hield in een meer historische zienswijze van het Romeinse recht. De humanisten wensten de interpretaties op interpretaties die de commentatoren op Justinianus= wetboeken hadden gestapeld in hun pogingen deze teksten bruikbaar te maken voor de rechtspraktijk van hun tijd ter zijde te stellen. Zij wilden in de eerste plaats weten hoe deze teksten waren bedoeld als het recht van de Romeinen zelf. Dat leidde natuurlijk tot een meer strikte en letterlijke interpretatie. In veel gevallen zou zo= n letterlijke interpretatie betekenen dat de betreffende teksten niet langer wat voor praktisch nut dan ook zouden hebben. In de rechtspraktijk bleef de *mos italicus* derhalve invloedrijk en moest dat ook wel blijven. Maar in gevallen als dat waarmee wij ons hier bezighouden betekende het standpunt van de humanisten een meer Justiniaanse beschouwingswijze.

Cujas stelde dus dat de mening van Accursius niet juist was en dat de constitutie betekende wat er stond: rechtsdwaling sluit de *condictio indebiti* uit.²⁵ De *condictio indebiti* is mogelijk in geval van feitelijke dwaling, niet in geval van rechtsdwaling. Het argument ontleend aan Papinianus= teksten werd op de volgende wijze terzijde geschoven. Papinianus had gesteld dat rechtsdwaling niet degene schaadde die vorderde datgene dat van hem was. Welnu, degene die de *condictio indebiti* instelde vorderde niet datgene dat hem nog steeds toebehoorde, maar datgene waarvan hij de eigendom had verloren en dat

²⁵ Vgl. Visser, *Die rol van dwaling bij die condictio indebiti*, p. 123 e.v.

degene aan wie hij die had verloren hem verschuldigd was. Met andere woorden, het was iets dat hij kon terugvorderen met een actie *ex quasi contractu*, niet iets dat hij als eigenaar kon terugvorderen. Naar zijn mening gold dus het adagium *ignorantia iuris non excusat* voor de *condictio indebiti* in het algemeen. >Every man must be taken to be cognisant of the law,= een ieder wordt geacht het recht te kennen, zoals Lord Ellenborough het zou stellen in *Bilbie v. Lumley*.

Ik wil u niet al te zeer in detail lastig vallen met de wijze waarop deze controversen zich sindsdien ontwikkelde. De Duitse versie van het *Ius Commune*, de zogeheten *usus modernus pandectarum*, leek meer het humanistische standpunt te omhelzen.²⁶ In Frankrijk volgde Pothier zijn landgenoot Cujas en hield vast aan een streng onderscheid tussen rechtsdwaling en feitelijke dwaling.²⁷ Zijn redenen om terugvordering in geval van rechtsdwaling te ontfangen zijn dat zo= n dwaling niet verontschuldigbaar is ‘parce que dans les affaires qu’on a, on doit se consulter et se faire instruire’ en dat het recht geneigd is diegenen te helpen die dwalen, maar niet zij die dwaas zijn: *nec stultis solere succurri, sed errantibus*.²⁸

Pothier is één van de twee *civil lawyers* die door Lord Goff in zijn oordeel worden genoemd als exponenten van de twee tegengestelde meningen. Pothier schijnt enige invloed op het Engelse recht in de negentiende eeuw te hebben gehad, omdat zijn *Traité des Obligations* in 1806 was vertaald door Sir William Evans.²⁹ Sir William had voorheen, in 1802, een *Essay on the Action for Money Had and Received* gepubliceerd, zoals Lord Goff meedeelt. Hij had dit essay opgedragen aan Sir Richard Law, die kort daarna in de adelstand werd verheven als Lord Ellenborough, en in die hoedanigheid in hetzelfde jaar *Bilbie v. Lumley* besliste. In het essay had Sir William zich fel gekant tegen de mening van Pothier die de terugvordering afwees in geval van rechtsdwaling. Teleurgesteld door de beslissing in *Bilbie v. Lumley* van degene aan wie hij zijn werk had opgedragen, trachtte Sir William vier jaar later in zijn vertaling van Pothier duidelijk te maken waarom geld betaald in rechtsdwaling naar zijn mening moest kunnen worden teruggevorderd. In het bijzonder benadrukte hij het beperkte toepassingsgebied van het adagium *ignorantia iuris non excusat*. Hij stelde, op blz. 394-395:

‘The rule in its terms is sufficiently satisfied, by holding that no man shall, under the pretence of an ignorance of the law, excuse himself from the performance of his own obligations, or acquire an advantage, or avoid a detriment, when he has omitted using the

²⁶ Vgl. bijv. Zimmermann, *The Law of Obligations*, p. 869.

²⁷ Vgl. Visser, *Die rol van dwaling bij die condictio indebiti*, p. 129.

²⁸ *Traité de l'action condictio indebiti*, in: *Traité du contrat du prêt de consommation, et des matières qui y ont rapport*, (Œuvres, t. III, Bruxelles 1830), partie III, no 162, met verwijzing naar C. 1,18,10 en D. 22,6,9,5i.f.

²⁹ Vgl. in het algemeen over de invloed van Pothier op in het bijzonder het Engelse contractenrecht Reinhard Zimmermann, ‘Historische Verbindungen zwischen civil law und common law’, in: *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Hrsg. Peter-Christian Müller-Graff, Baden-Baden 1993, p. 47-70, i.h.b. p. 66 e.v.

HET GEMENE RECHT IN DE PRAKTIJK VAN DE COMMON LAW

means ordained by law for those purposes. Applied to the immediate subject matter, it has no reference to the point, of money paid under a mistaken idea of a preceding obligation.’³⁰

De tegengestelde mening die Sir William aanhing was die van Arnoldus Vinnius (1588-1657).

5.

Dat brengt ons op het Rooms-Hollandse recht. Vinnius was rechtenhoogleraar aan de Leidse universiteit vanaf 1633. Zijn werken omvatten een commentaar op Justinianus=Instituten uit 1642, waarin hij ook aandacht besteedt aan het recht van Holland zoals het in zijn tijd in praktijk werd gebracht, en een boek over Uitverkoren Rechtskwesities uit 1653. In beide werken schaarst hij zichzelf aan de zijde van wat ik zal noemen het >Italiaanse standpunt’. Hij geeft de volgende redenen.

‘In de eerste plaats laat ik mij leiden door de overweging, dat de *condictio indebiti* wordt gegeven op grond van redelijkheid en billijkheid (D. 12,6,66), waarmee volledig in overeenstemming is, dat zij daarentegen niet kan worden uitgesloten dan door een exceptie op grond van billijkheid.’³¹

De belangrijkste reden voor Vinnius om zijn standpunt in te nemen is dus de billijke grondslag van de *condictio indebiti*. Onder de andere redenen die hij geeft is het vermoeden van een schenking in geval er geen sprake was van dwaling. Het dwalingsvereiste moest wel alle soorten van dwaling omvatten, omdat men moeilijk kon volhouden dat iemand die in rechtsdwaling verkeerde een schenking deed. Wat betreft de teksten van Papinianus, waarvan de humanisten hadden gezegd dat de condictie niet het verlies van iemands eigendom voorkwam, maar diende om reeds verloren eigendom terug te vorderen, was hij van mening dat het ogenblik van de prestatie en niet dat van het instellen van de condictie moest worden beschouwd. Op dat tijdstip was de zaak niet verloren en het blijvende verlies kon nog steeds worden vermeden.³² De *condictio indebiti* is dus alleen uitgesloten door C. 1,18,10 in geval van rechtsdwaling bij de voldoening van een natuurlijke verbintenis.

³⁰ Gecit. naar Lord Goff.

³¹ *Movet me primum haec ratio, quod condictio indebiti ex bono et aequo datur, l. haec condictio, 66, hoc tit. de cond. ind., cui omnino consequens est, eam non nisi exceptione aequitatis ex adverso excludi posse.* In *Quatuor Libros Institutionum Imperialium Commentarius*, Amsterdam 1665, 3,28,6.

³² Vgl. Daniel Visser, ‘Das recht der ungerechtfertigten Bereicherung’, in: *Das römisch-holländische Recht, Fortschritte des Zivilrechts im 17. und 18. Jahrhundert*, Hrsg. Robert Feenstra und Reinhard Zimmermann, Berlin 1992, p. 397 e.v.

Vinnius stond niet alleen onder de Rooms-Hollandse juristen in deze opvatting. De Groot had dit standpunt reeds ingenomen in zijn *Inleidinge tot de Hollandsche Rechts-Geleerdheid* van 1631.³³ De Friese jurist Ulric Huber nam hetzelfde standpunt in,³⁴ evenals anderen.³⁵

De voornaamste tegenstander was Johannes Voet. In zijn Commentaar op de Pandecten houdt hij vast aan de mening van Cujas en andere humanisten en betwist hij uitdrukkelijk Vinnius= opvatting.³⁶ De meeste van zijn redenen zijn dezelfde als de humanisten gebruikten. Hij noemt Vinnius= argument

‘te zwak, omdat het tevergeefs is te hameren op de vraag welke exceptie kan worden gebruikt om de actie te breken indien het recht, om de persoon die het recht niet kent te straffen, elke actie, persoonlijke rechtsvordering of recht van teruggave, heeft afgewezen en er zodoende *ipso iure* geen actie is om te worden vernietigd door een exceptie.’³⁷

Na zijn standpunt over het Romeinse recht te hebben uitgelegd sluit hij af door zijn standpunt over het recht van zijn tijd weer te geven:

‘Omdat deze opvatting noch in strijd met de rede noch in strijd met de billijkheid is, zie ik geen reden waarom iets anders zou moeten worden bepaald in onze hedendaagse gewoonten. Ook heden ontmoeten we overal personen vakkundig in het recht, die niet alleen kunnen, maar ook moeten worden geraadpleegd door diegenen die deze vakkundigheid niet bezitten, opdat zij niet bij vergissing in botsing komen met de bepalingen van het recht.’³⁸

Wat het Rooms-Hollandse recht in de praktijk van de gerechtshoven was is niet bekend. Er schijnen geen zaken te zijn van enig hof in Holland die de kwestie in de ene of andere zin beslisten. Noch zijn er wat dat betreft zaken van enig hof van één van de andere provincies van de Republiek. Dionysius Godefridus van der Keessel (1738-1816), de Groningse hoogleraar die in 1770 naar Leiden ging, noemt dit feit in zijn Colleges over Grotius= Inleidinge.³⁹ Hij komt echter tot de conclusie dat wat betreft het recht van Holland de

³³ 3,30,6.

³⁴ *Praelectiones Juris Civilis*, ad Inst. 3,28,7.

³⁵ Bijv. Van Leeuwen, Van der Keessel, Van der Linden. Vgl. Visser, *Das Recht der ungerechtfertigten Bereicherung* 12,6,7.

³⁶ *id vero debilius est, cum frustra laboretur de eo, quatenus exceptione actio elidenda est, ubi ius in poenam eius, qui ius ignorat, omnem denegavit actionem, conditionem, seu repetitionem, atque ita ipso iure nulla actio est, quae exceptione perimenda foret.*

³⁷ *Cumque haec sententia nec rationi repugnet, nec aequitati, causam non video, cur aliud moribus hodiernis statuendum foret; dum obvii quoque passim sunt hodie iuris periti, quos consulere non modo possunt, sed et debent, qui iuris imperiti sunt, ne errantes impingant in ea, quae legibus cauta sunt.*

³⁸ *Praelectiones juris hodierni ad Hugonis Grotii Introductionem ad jurisprudentiam Hollandicam*, uitg.d. P. van Warmelo, L.I. Coertze, H.L. Gonin en D. Pont, Pretoria 1961-1975, 6 dln.

condictio indebiti zou moeten worden toegestaan zelfs in geval van rechtsdwaling vanwege, onder andere, de omvang en de moeilijkheid van het recht in gebruik in Holland.⁴⁰

Er is echter één zaak beslist door de Hoge Raad van Holland, Zeeland en West-Friesland, waarin de kwestie aan de orde werd gesteld, maar niet beslist. Het is een zaak vastgelegd in de zogeheten *Observationes Tumultuariae Novae*, dat wil zeggen het dagboek van besliste zaken bijgehouden door Willem Pauw (1712-1787), lid van de Raad vanaf 1741 en president sinds 1784. Hij zette daarmee het dagboek voort dat zijn beroemde schoonvader Cornelis van Bijnkershoek had bijgehouden, die voor hem lid en president van dezelfde Raad was. Zij hielden hun dagboeken slechts voor eigen gebruik bij en hadden in hun testamenten openbaarmaking verboden. De handschriften zouden volgens hun instructies hebben moeten zijn verbrand in geval er geen mannelijke erfgenaam was om ze te erven. Gelukkig werden hun laatste willen niet in acht genomen, want Meijers ontdekte de handschriften in 1914 in het magazijn van een Leids veilinghuis waar ze als oud papier werden beschouwd. Sindsdien zijn deze ‘In haast neergeschreven Opmerkingen’ uitgegeven en zij verschaffen nu een schat aan materiaal over de beraadslagingen van die Raad, net zoals de beraadslagingen van het Hooggerechtshof van de Verenigde Staten openbaar zijn gemaakt door Watergate journalist Bob Woodward en zijn co-auteur Scott Armstrong in hun boek genaamd *The Brethren*.

In het geval dat ik noemde was een schip verzekerd voor zijn reis terug van Batavia naar Amsterdam.⁴¹ Op het ogenblik dat de verzekering werd gesloten was het schip echter, zonder dat in ieder geval de verzekeraar het wist, reeds uitgevaren en zou nimmer terugkeren. De verzekeraar had de verzekerde uitgekeerd, maar ontdekte later dat het schip reeds was uitgevaren op het ogenblik dat de overeenkomst was gesloten. De verzekeraar vorderde het geld terug met de *condictio indebiti* en stelde dat hij onbekend met de juist genoemde omstandigheid, die inhield dat hij niet gehouden was geweest het verzekeringsgeld uit te keren. Eén van de verweren van de verzekerde was dat de dwaling van de verzekeraar er één was over het recht en dat dus het geld niet kon worden teruggevorderd door de condictie. Eén of twee van de raadsheren waren van mening – in raadkamer, vanzelfsprekend – dat rechtsdwaling volgens gewoonterecht niet de condictie uitsloot. Maar de meeste raadsheren waren het erover eens dat de dwaling een feitelijke was, zodat de kwestie niet hoefde te worden beslist.

Slechts kort zal ik de hedendaagse ontwikkelingen van het Rooms-Hollandse recht aangeven. De Zuidafrikaanse Appellate Division heeft in 1992 in de Willis Faber zaak de mening van Vinnius enzovoorts geaccepteerd, daarbij onder andere benadrukkend de onbillijkheid jegens de betaler van het niet hebben van deze remedie in geval van rechtsdwaling, terwijl de beslissing die hierdoor ongedaan werd gemaakt, een precedent

⁴⁰ Ad Grotius 3,30,6; f. 1543i.f. (dl. 5, p. 306).

⁴¹ No 1134.

uit 1888 genaamd *Rooth v. The State*, het beroep op billijkheid benadrukte dat Voet deed ter ondersteuning van zijn afwijzing van het rechtsmiddel; ook werden benadrukt ‘the complexities of contemporary legal and commercial practices which differ *toto caelo* from those followed in earlier times’, zoals Van der Keessel voorheen had gedaan, tegen de opvatting van Voet in dat een ieder personen vakkundig in het recht kan en zou moeten raadplegen.⁴² De Schotse Court of Session moest in 1995 dezelfde kwestie beslissen in de Morgan Guaranty zaak en deed dat op dezelfde wijze, na een nauwgezette bespreking van de zogeheten *civilian authorities*, omdat het Schotse recht in niet onaanzienlijke mate is gebaseerd op de *civil law* – om nog maar te zwijgen van soortgelijke beslissingen in Canada en Australië.⁴³

6.

Ik besluit met een paar opmerkingen over het nut van het *Ius Commune* zoals dat blijkt uit de Kleinwort Benson zaak. Beide standpunten zijn in de ene of de andere tijd gegrond geweest op overwegingen van billijkheid, hetgeen nog maar weer eens aantoon, zoals De Groot tegenstrever John Selden eens zei, dat ‘equity is as long as the Chancellor=s foot.’ Overwegingen van billijkheid worden doorgaans in stelling gebracht om een kwestie te beslissen wanneer alles is gezegd en er nog steeds een moeilijke keuze moet worden gemaakt. Hetzelfde kan worden gezegd van het gebruik van het aan het civiele recht ontleende adagium *ignorantia iuris non excusat*.

Het is in zekere zin verbazingwekkend te zien dat een precedent dat niet meer deed dan een beroep op dat adagium om de zaak te beslissen de kwestie bijna twee eeuwen bleef beheersen. Want de beslissing in *Bilbie v. Lumley* neemt in de *law reports* niet meer plaats in dan het aantal regels dat nodig is om dat adagium af te drukken. Er waren misschien goede redenen om het rechtsmiddel in die zaak af te wijzen en dus werd het adagium gebruikt om de kwestie te beslissen, maar zij bleef in de boeken staan en oefende meer invloed uit dan misschien aanvankelijk was bedoeld. Dit overzicht in vogelvlucht van de verschillende autoriteiten over deze kwestie toont ook aan wat ik reeds opmerkte over het *Ius Commune*. Het is niet overal en altijd hetzelfde, maar de discussie die plaatsvindt wordt altijd gegrond op dezelfde argumenten ontleend aan dezelfde bronnen. Kennis van deze bronnen en mogelijke argumenten kan nuttige munitie verschaffen in de rechtspraktijk en maakt het begrijpen van de verschillende Europese rechtssystemen eenvoudiger.

⁴² Willis Faber Enthoven (Pty.) Ltd v. Receiver of Revenue 1992 (4) SA 202 (A).

⁴³ Morgan Guaranty Trust Company of New York v. Lothian Regional Council 1995 S.C. 151. Vgl. Daniel Visser, ‘Placing the Civilian Influence in Scotland: A Roman-Dutch Perspective’, in: *The Civilian Tradition and Scots Law, Aberdeen Quincentenary Essays*, David L. Carey Miller and Reinhard Zimmermann (ed.), Berlijn 1997, p. 239-258.

HET GEMENE RECHT IN DE PRAKTIJK VAN DE COMMON LAW

Een ander punt dat moet worden genoemd is het wellicht merkwaardige feit dat een beslissing als deze werd genomen onder het Engelse recht, hoewel het Engelse recht doorgaans niet wordt beschouwd als een *civil law* systeem. Maar, zoals ik al eerder zei, het systeem van rechtsbronnen heden ten dage in Engeland is in wezen hetzelfde als het systeem van het *Ius Commune*. Als er geen wet of precedent is om de zaak te beslissen kunnen zelfs adagia uit de *civil law* worden gebruikt als subsidiaire rechtsbron. In zekere zin zou men wellicht zelfs kunnen zeggen dat alleen in een ongecodificeerd rechtssysteem zulk een ruim gebruik van rechtsbeginselen mogelijk is. In een ongecodificeerd systeem kan om dezelfde reden de historische ontwikkeling van een rechtsvraag van groter belang zijn dan in een systeem waarin het precedent en zijn ontwikkeling niet beslissend zijn. In gecodificeerde systemen wordt de horizon doorgaans vervuild door de tekst van het wetboek die op één of andere manier moet worden toegepast zonder de mogelijkheid uit te wijken naar een secundaire rechtsbron.

Om dit te illustreren: het vereiste van dwaling bij de *condictio indebiti* is in het Nederlandse recht terzijde gesteld, omdat de tekst van het oude BW van 1838 dit vereiste niet uitdrukkelijk bevatte in het betreffende artikel, hoewel uit andere artikelen en de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever dacht dat het vereiste als vanzelfsprekend zou worden toegepast. Dat artikel was een letterlijke vertaling van het overeenkomstige artikel uit de Franse Code civil. De Franse rechters pasten het dwalingsvereiste tot 1993 toe, hoewel de Code het niet uitdrukkelijk noemde in het betreffende artikel.⁴⁴ De Duitse ontwikkeling werd bepaald door de Historische School die een derde weg nam, omdat zij het *Ius Commune* in Europa gedurende de negentiende eeuw kon monopoliseren. Savigny en zijn volgelingen benadrukten de verschoonbaarheid van de dwaling, waarbij het karakter van de dwaling één van de bepalende omstandigheden kon zijn. De bewijslast is onder § 814 van het BGB verplaatst naar de ontvanger van de betaling die heeft aan te tonen dat de betaler wist dat hij niet hoefde te betalen, maar het desalniettemin toch deed. Maar in geen van de genoemde landen sluit rechtsdwaling tegenwoordig de terugvordering van geld uit dat onverschuldigd is betaald. De *mos italicus* schijnt deze slag te hebben gewonnen. Of moet ik zeggen dat in de juridische Champions League Vinnius Pothier in blessuretijd heeft verslagen.

F. Brandsma

Groningen

⁴⁴ C. de Cas., Ass. plén. 2 avr. 1993, D. 1993. 373.